

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Universidad de Almería

LIMITACIONES JURISPRUDENCIALES AL CONVENIO COLECTIVO EN LA DETERMINACIÓN DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN EMPRESARIAL

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 (Rec. 221/2017)

ECLI: ES:TS:2018:4111

CRISTINA ROLDÁN MALENO*

SUPUESTO DE HECHO: con ocasión de la negociación de un nuevo convenio colectivo estatal del sector de industrias de turrónes y mazapanes, cuyo acuerdo se alcanzó el 15-12-2016, la comisión negociadora decide, como venía siendo habitual en los convenios precedentes, incluir una cláusula limitativa del número máximo de contratos para la formación y el aprendizaje, en función del tamaño de la plantilla. De la misma forma, el convenio regula en un anexo qué puestos de trabajo serán susceptibles de cubrirse bajo esta modalidad, y qué otros, por el contrario, no podrán hacer uso de la misma. La Autoridad Laboral entiende que ambas cláusulas son contrarias a derecho, pues establecen límites allí donde la ley ya no se lo permite a la luz de la reforma de 2011. Por ello, solicita a las partes negociadoras la subsanación de dicha cláusula hasta en dos ocasiones, sin que la comisión se avenga, lo que desemboca en la interposición de demanda de convenio colectivo al objeto de solicitar la nulidad de sendos preceptos.

RESUMEN: al contrario de la tesis asumida por la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo se mostrará favorable a las posturas de la Dirección General de Empleo, así como del Ministerio Fiscal (que diferirá del criterio mantenido en la instancia). Respecto de la limitación del número máximo de contratos para la formación y el aprendizaje permitidos en función del tamaño de la plantilla, y tras un recordatorio de la doctrina de la Sala relativo a la modalidad procesal seguida y sus límites, pasa a contextualizar el debate apoyando su interpretación en la evolución normativa, en la finalidad que persigue la legalidad vigente y, por último, en las pautas interpretativas del art. 3.1 Cc. Entiende que, tras el RDL 10/2011, que eliminó de la redacción del art. 11.2 ET la posibilidad otrora expresamente mani-

* FPU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

fiesta de que la negociación colectiva pudiese establecer topes a estos contratos, el legislador está prohibiendo que dicha opción continúe pactándose. Ese mismo hilo argumental guiará su postura sobre la limitación funcional, pese a que la conclusión sea distinta debido a que valorará que dicha limitación se ha movido dentro de lo que la ley predetermina. En definitiva, esta sentencia parece querer plantear –o cuanto menos dejar una puerta abierta- que lo que no está expresamente permitido para la negociación colectiva, le está vetado, o al menos que esa puede ser una conclusión válida en determinadas circunstancias, chocando de esta forma con la clásica postura de que la autonomía colectiva puede desplegarse sin necesidad de habilitación por parte de la fuente jerárquica superior.

ÍNDICE

1. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO: ¿UNA RUPTURA DE LA RELACIÓN CLÁSICA ENTRE LA LEY Y EL CONVENIO?
2. LA DISPONIBILIDAD DE DERECHOS EMPRESARIALES
3. LA OTRA CLÁUSULA OBJETO DE LA SENTENCIA: LA LIMITACIÓN FUNCIONAL DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS
4. CONCLUSIONES: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA FUNCIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

1. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO: ¿UNA RUPTURA DE LA RELACIÓN CLÁSICA ENTRE LA LEY Y EL CONVENIO?

En el Convenio Colectivo de Sector para las Industrias de Turrónes y Mazapanes de diciembre de 2016 -suscrito por los sindicatos CCOO y UGT en representación de los trabajadores, y por el lado empresarial por la Asociación Española de Fabricantes de Turrónes y Mazapanes y la Asociación de Fabricantes del Turrón, Derivados y Chocolates de la Comunidad Valenciana-, las partes negociadoras, en lo que respecta a los contratos para la formación y el aprendizaje, acuerdan pactar dos cláusulas convencionales¹ que, si bien no suponen ninguna novedad en relación a los convenios precedentes del sector –muy al contrario, se venían incluyendo en términos similares desde principios de los ochenta-, generarán un debate que llegará hasta el Tribunal Supremo. La primera de ellas -y la que más recorrido tendrá en el presente comentario- consiste en establecer unos topes al número máximo de contrataciones a realizar bajo esta modalidad contractual, límite que irá en función del número de trabajadores por centro de trabajo, mientras que la segunda regula en qué puestos de trabajo se podrá contratar a trabajadores en formación. Mientras que respecto de esta última habrá unanimidad entre

¹ Aunque este comentario se centrará en las mencionadas cláusulas limitativas del contrato para la formación y el aprendizaje, es objeto del litigio igualmente el art. 28 del Convenio, relativo a la regulación de las horas extraordinarias, que puede verse en el Fundamento Jurídico Sexto.

Audiencia Nacional y Tribunal Supremo (con los matices que se precisarán), a continuación veremos que no ocurre lo mismo con la cláusula limitativa del número de contratos.

La controversia viene generada por la nueva redacción que a la regulación de esta modalidad contractual otorgó el RD 10/2011, pues hasta su entrada en vigor, el art. 11.2 del ET recogía de manera expresa la posibilidad de que el convenio colectivo –sectorial estatal o, en su defecto, sectorial de ámbito inferior- pudiese limitar el número máximo de estos contratos según el tamaño de la plantilla, así como los puestos de trabajo susceptibles de ser objeto de los mismos². El problema interpretativo surge del hecho de que, si bien la nueva dicción del precepto ya no recoge las dos posibilidades descritas, tampoco las prohíbe, sino que el legislador opta por guardar silencio.

Al contrario que la Audiencia Nacional, que salvó la validez de la cláusula limitativa del número de contratos amparándose en que no podía deducirse prohibición alguna del dictado de la fuente superior, y que lo pactado se encuentra dentro de unos límites razonables³, el Tribunal Supremo tiene a bien acoger el razonamiento del Abogado del Estado, que estima que no es válida en virtud del principio de jerarquía normativa –aunque lo hace sin mencionar este principio una sola vez-. Para sostener su postura, la Sala articula su razonamiento apoyándose en los tres ejes avanzados con anterioridad: la evolución normativa, la finalidad de la norma estatal que se encuentra vigente y las pautas interpretativas del art. 3.1 CC.

En relación a la evolución normativa, la Sala advierte de que con anterioridad al RD 10/2011, además de estar previsto expresamente en el art. 11.2 ET, este precepto remitía en caso de ausencia de regulación convencional a lo determinado reglamentariamente, y, en consonancia con dicha regulación estatutaria, el art. 7 del RD 488/1998 de 27 de marzo, no solo reiteraba la posibilidad de que la negociación colectiva estableciese topes a estos contratos, sino que iba un paso más allá y en su apartado segundo los cuantificaba supletoriamente para que actuaran en ausencia de regulación convencional. Sin embargo, la reforma de 2011 vino a suprimir, como indicábamos, toda alusión expresa a esta posibilidad, así como al reglamento de desarrollo, cuyo precepto dedicado a la cuestión fue derogado un año después⁴, considerado esto a juicio del órgano juzgador como un paso más en esa presunta intención del legislador de excluir a la autonomía colectiva en

² Así estaba establecido anteriormente por el legislador, concretamente en el art. 12 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

³ Sentencia núm. 97/2017 de 21 de junio de 2017, Fundamento Jurídico Tercero. Para la Audiencia Nacional, si el legislador hubiera querido establecer una prohibición en este sentido, lo habría explicado en la Exposición de Motivos.

⁴ Así lo estableció el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual. Véase el Fundamento Jurídico Tercero. En cambio, la Audiencia Nacional no consideró relevante este hecho, insistiendo en su visión de que si el legislador hubiera tenido ánimo de prohibición, así lo habría manifestado.

esta materia. Así pues, de todo lo descrito, deduce el Tribunal que el legislador ha cambiado de actitud, y que la omisión no parece ser un mero descuido, sino coherente con una línea normativa tendente a excluir a la negociación colectiva, iniciada en 2011 y reforzada un año después.

En cuanto a la finalidad de la norma, esto es, al segundo apoyo del hilo argumental del Tribunal, este comienza por admitir que al no estar prohibida la intervención de la negociación colectiva podría deducirse que está permitida, para a continuación aducir el motivo por el que sostiene que no es así en este caso concreto, terminando de esta forma por atribuir al silencio del legislador equivalencia de prohibición. Llegados a este punto, el órgano juzgador erige su razonamiento en la exposición de motivos de la norma que introduce el cambio, y, quizá consciente de una cierta debilidad en su argumentación, se aferra a que estamos ante lo que denomina una “exclusión tácita”. Afirma que, atendiendo a la finalidad de la norma, surgida en un contexto de alarmante desempleo juvenil, estos contratos ya no persiguen únicamente una tradicional finalidad formativa, sino que a este objetivo individual se le une otro colectivo, que es el fomento del empleo, aludiendo en este punto a los arts. 35.1 y 40 CE. De esta forma el Tribunal llega a la conclusión de que estamos ante una norma de derecho necesario absoluto sobre la cual la autonomía colectiva no puede disponer.

Por último, relativo a las pautas interpretativas a las que hacíamos referencia, la Sala reitera lo expuesto para la evolución normativa, reafirmando en que restringir las posibilidades de celebrar estos contratos colisiona con el mandato legal y que, a su parecer, el riesgo de *dumping* social del que advertía la Audiencia Nacional –para quien dicho riesgo resulta evidente si no se ponen límites a estas contrataciones- carece de toda base, pues los requisitos pormenorizados que conlleva esta modalidad contractual poseen la función de repeler este efecto indeseado. Para finalizar, se señala que la negociación colectiva puede intervenir en materia de contratos para la formación y el aprendizaje, pero lo que no puede es contradecir el tenor literal o la finalidad de la ley. Es decir, nuestro Tribunal Supremo entiende que en esta materia el convenio colectivo sólo podrá complementar a la ley, pero nunca relacionarse a través del principio de norma mínima.

Como se desprende de lo hasta aquí expuesto, sin duda la sentencia da pie a interesantes cuestiones, ocupándonos en el presente apartado de la que nos parece la más esencial, que no es otra que la relación entre la ley y el convenio, pues entendemos que este es el núcleo del debate interpretativo. No descubrimos nada nuevo si traemos a colación que es particularidad propia de nuestra disciplina la fuente tan singular que constituye el convenio colectivo⁵ –reflejo del poder social y no del estatal-, con todo lo que ello genera en lo que aquí interesa en cuanto

⁵ Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. *Manual de Derecho Sindical*, Comares, Granada, 15ª edición, 2017, p. 54.

a las distintas posibilidades de articulación entre fuentes⁶. En lo que al litigio se refiere, comprobamos que se trata de dilucidar si en este supuesto la relación entre la ley y el convenio es de derecho necesario absoluto, como sostiene el Tribunal Supremo, y en cuyo caso estaríamos efectivamente ante una colisión de normas que se resolvería por el principio de jerarquía, o si, por el contrario, se trata de una norma de derecho necesario relativo, supuesto en el que por lo tanto sí tendría cabida la mejora en favor de los trabajadores, esto es, estaríamos ante una relación de complementariedad, la más típica, como se sabe, entre las dos fuentes analizadas, históricamente y aun en nuestros días, a pesar del espacio que ha ido cediendo a otras fórmulas que se han considerado más efectivas a la hora de encarar las recurrentes crisis económicas que vienen produciéndose, especialmente a partir de la década de los noventa en adelante⁷.

Para poder continuar con el análisis se hace pues necesario determinar en este momento a quién beneficia la cláusula discutida, siendo la respuesta, a nuestro parecer, que es beneficiosa para los trabajadores, ya que se establecen límites a una facultad del empresario y a un contrato que por su naturaleza es restrictivo de derechos respecto de los contratos ordinarios. Ello no obsta a que también la parte empresarial pueda obtener beneficios, como la evitación del riesgo de *dumping* social que acertadamente –a nuestro parecer– señalaba la Audiencia Nacional. Por otra parte, no es difícil imaginar que un uso excesivo de esta modalidad contractual pueda tener consecuencias importantes y peyorativas en la dinámica de trabajo, para lo cual basta suponer que para un puesto determinado todos los trabajadores asignados se encontrasen en formación. En tal escenario podría plantearse que o bien el trabajo no requiere formación alguna, en cuyo caso se estaría usando este contrato de manera fraudulenta, o bien todo lo contrario, verdaderamente requiere de la vertiente formativa y por ello resultaría complicado justificar que toda la plantilla se esté formando simultáneamente, con idéntico resultado fraudulento y de perjuicio para todos los trabajadores, ordinarios –si los hay–, en formación e incluso, si se piensa, para el empresario. Es decir, cuando mantenemos que se trata de un beneficio para los trabajadores, pensamos también en los trabajadores destinatarios de estos contratos, pues poco formativo sería para los mismos –y, recuérdese, esta sigue siendo la finalidad que persiguen, como medio para alcanzar una mejora de su empleabilidad posterior– que todos sus compañeros o la práctica totalidad de los mismos estuviesen bajo esa modalidad contractual, por razones obvias⁸. Pero es que,

⁶ Cfr. García-Perrote Escartín, I., *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, MTSS, Madrid, 1987; Martín Valverde, A., «Concurrencia y articulación de normas laborales», *R.P.S.*, 1978, nº 119, pp. 5-31.

⁷ Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y autonomía colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, CES, Madrid, 2000, pp. 22-26.

⁸ De hecho, es muy criticado doctrinalmente que en 2012 se derogase el precepto dedicado en el RD 488/1998 al número de alumnos máximos por tutor, que era de tres salvo que la negociación colectiva pactase cosa distinta (art. 8.3 último inciso). Dicho precepto era la limitación indirecta re-

además, y siendo mucho más sencillo y menos discutible, para terminar de concluir que se trata de un pacto en beneficio de los trabajadores, como señalábamos, la elección de cuántos contratos para la formación y el aprendizaje realizar es, con la redacción actual, una facultad de la parte empresarial, por lo que el establecer topes mediante la negociación colectiva convendremos que es una limitación a dicha facultad, cuestión sobre la que volveremos en el apartado dos. Una vez clarificado a quién favorece la cláusula convencional, podemos avanzar en nuestro objetivo de determinar si es colusiva o suplementaria en relación al texto legal.

Es por todos conocido que el convenio colectivo debe respetar las normas de derecho necesario que establezca la ley en virtud de la posición jerárquica superior de ésta⁹. La fundamentación se obtiene de varios preceptos constitucionales y legales, como el 9.3, 53.1 y 149.1.8ª CE, así como del art. 85.1 e incluso el 3.3 ET, sin pretensión de ser exhaustivos. Ahora bien, igualmente es sabido que dicha posición jerárquica no autoriza a equiparar las relaciones entre ambas fuentes a las que se darían entre una norma delegante y una norma delegada, de manera que en nuestro ordenamiento los supuestos de derecho necesario absoluto son excepcionales¹⁰, no debiendo por tanto presumirse, y siendo necesario por otra parte tener muy presente que para no violar el contenido esencial de la negociación colectiva, su exclusión debe estar justificada en un interés general superior al interés colectivo de las partes negociadoras¹¹, cosa que a nuestro juicio no ha ocurrido aquí. Y es que los argumentos del Tribunal Supremo no alcanzan, bajo nuestro punto de vista, una consistencia que nos permita considerar que efectivamente el silencio legislativo deba interpretarse en el sentido de salirnos de la regla general y presumir que estamos ante una norma de derecho necesario absoluto, frente a la cual la negociación colectiva no puede intervenir si no es más que para puntualizar o

manente tras el cambio de redacción del art. 11.2 ET, como señala Mercader Uguina, J., «Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto y los ajustes al mismo por el Real Decreto-Ley 14/2011, de 16 de septiembre», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2, 2012, pp. 72-73, quien consideró aceptable el cambio de regulación del art. 11.2 ET siempre que se mantuviera el 8.3 reglamentario. Una crítica tanto a la redacción legal como a la derogación reglamentaria puede encontrarse en Todolí Signes, A., «La formación dual alemana y el contrato para la formación y el aprendizaje: ¿Diferente legislación o diferentes controles de calidad?», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3., N° 4, 2015, pp. 249-250; Actualmente esta cuestión se regula en el art. 20 del RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual. En dicho precepto desaparecen tanto el límite como la remisión a los convenios colectivos.

⁹ Puede consultarse la STS de 22 de diciembre de 2005 (RJ/2006/592), cuyo Fundamento Jurídico Quinto, a propósito de la prevalencia de la ley sobre el convenio colectivo, remite a la doctrina constitucional en la materia, citando las Sentencias del Tribunal Constitucional 177/1988, de 10 de octubre; 58/1985, de 30 de abril; 210/1990, de 20 de diciembre, recordando que esa misma doctrina es la que sigue la Sala.

¹⁰ STCo. 58/1985, de 30 de abril, Fundamento Jurídico Tercero.

¹¹ Alarcón Caracuel, M.R., «Las relaciones Ley-convenio colectivo», en Rojo Torrecilla, E. (coord.), *Las reformas laborales de 1994 y 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 28.

precisar alguna cuestión. De la lectura de la exposición de motivos, por seguir su argumentación aun considerándola un tanto forzada, no nos resulta tan evidente que la conclusión sea que el legislador prohíbe que se establezcan límites a estos contratos en función del número de trabajadores. Distinto sería plantear que el legislador, acuciado por la problemática del desempleo en este colectivo, probablemente no desea alentar limitaciones, cosa en la que sin duda no es difícil coincidir, no así en que lo haya prohibido. Y en lo relativo a los arts. 35.1 o 40 CE, a los que alude el Tribunal, aun presuponiendo que estemos en la órbita de esos preceptos, que como hemos apuntado es discutible, no tienen en el diseño constitucional una protección superior a la de los arts. 37.1 o 38 CE (sobre el que volveremos en el siguiente apartado), no digamos a la del 28.1 CE si atendemos a la consideración de la negociación colectiva como parte integrante de la libertad sindical. Tampoco queda acreditado ese interés general que sería superior al interés colectivo de las partes¹² y que podría justificar la exclusión del poder social –que no olvidemos, establece topes, pero no elimina-, ni en cuanto a tal ni en cuanto a que sea lo que se está produciendo en este caso.

Consideramos, en definitiva, que a pesar de que la suplementariedad como relación más habitual entre estas dos fuentes haya ido perdiendo terreno en las últimas décadas en favor de otras fórmulas como puede ser la complementariedad, ello no obsta a que siga siendo la relación más habitual entre ley y convenio allí donde no pueda deducirse con solidez lo contrario. No apreciamos que el precepto discutido encaje en el derecho necesario absoluto, sino más bien en el derecho necesario relativo, y por tanto entendemos que no es a través del principio de jerarquía normativa como debiera resolverse, sino a través de su manifestación el principio de norma mínima¹³, esto es, admitiendo mejoras en favor de los trabajadores.

Por todo lo expuesto, no compartimos desvirtuar la eficacia de lo pactado en cuestiones como la presente, donde la ley –ya predominante y jerárquica en sí misma- no ha establecido una prohibición ni esta puede deducirse con nitidez¹⁴, y el pacto es beneficioso para la parte con una posición más débil. Aceptar lo contrario supondría, en nuestra opinión, vulnerar el derecho a la negociación colectiva y limitar jurisprudencialmente lo que no se ha hecho en sede legal. Posturas así

¹² Plantear que eso ocurre aquí es como plantear que el interés de un grupo de trabajadores trasciende el de todos los trabajadores, incluidos los de ese grupo. Y es que entendemos, como hemos expresado, que limitar numéricamente estos contratos va en beneficio también de los propios trabajadores en formación.

¹³ Alarcón Caracuel, M.R., «Las relaciones Ley-convenio...», *cit.*, pág. 23.

¹⁴ Cfr. Gárate Castro, J., «El nuevo régimen jurídico del contrato para la formación y el aprendizaje», *Actualidad laboral*, N° 8, 2012, p. 4, para quien la omisión del texto legal no equivale a supresión de la posibilidad. Muestra más dudas Moreno Gené J., «El contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia», *Temas Laborales* núm. 116/2012, pp. 52-53. Este autor, aunque crítico, entiende que la eliminación de la norma expresa parece llevar a la exclusión del convenio colectivo en la cuestión.

pueden contribuir a continuar dando pasos en el cambio de paradigma de la negociación colectiva, algo que viene sucediendo en las últimas décadas a nivel legal. Si además la jurisprudencia pretende ir más allá¹⁵ de unas leyes que ya no conciben al convenio colectivo necesariamente como un instrumento de mejora para los trabajadores, sino como un instrumento útil para la gestión y la flexibilización de las relaciones de trabajo¹⁶, la situación de estos podría quedar bastante comprometida, y los cimientos clásicos de la disciplina bastante cuestionados.

La tendencia apenas descrita no constituye en modo alguno una particularidad propia, sino que puede hallarse en otros ámbitos, en especial, en el derecho comunitario, cuya apuesta firme por la libertad de empresa y de libre competencia tiene al convenio colectivo en el punto de mira, cuando este actúa como límite. En concreto, si acudimos a la evolución jurisprudencial, puede observarse que el TJUE se inclina por restar espacios al convenio colectivo allí donde se entiende que puede estar afectando a los bienes jurídicos señalados¹⁷, algo con lo que podría establecerse un cierto paralelismo con la sentencia objeto de este comentario.

2. LA DISPONIBILIDAD DE DERECHOS EMPRESARIALES

Como se desprende de lo anterior, nuestra postura parte de la premisa de que la actual redacción del art. 11.2 ET no contiene una norma de derecho necesario absoluto, por lo que, si ello se admite, en consecuencia, se estimará que la cláusula convencional que nos ocupa es suplementaria del texto legal, haciéndose necesario analizar, llegados a este punto, si habría algún otro obstáculo para su validez. Para ello, queremos abordar dos cuestiones: una es la disponibilidad de derechos, viendo las diferencias que nuestro ordenamiento jurídico prevé por ser las partes desiguales en cuanto a fuerza negociadora¹⁸. La otra cuestión es si puede haber diferencias cuando la disponibilidad empresarial se produzca en convenio de empresa o en convenio sectorial.

Del hecho de que la Sala mantenga que la cláusula convencional no se ajusta a derecho porque el art. 11.2 ET expresamente ya no da esa opción, podría deducirse que el Tribunal está sosteniendo que, de mantenerse la redacción anterior, la

¹⁵ Una crítica reciente al respecto puede verse en Molina Navarrete, C., «“Esencia” y “existencia” de las relaciones de trabajo y de su derecho en la “era digital”: ¿y si el “futuro” estuviera en “lo clásico”?» Al maestro J. Vida Soria, in memoriam», *RTSS. CEF. N. 432*, pp. 17-24.

¹⁶ Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y autonomía colectiva...*, cit., CES, Madrid, 2000, pp. 28-31.

¹⁷ Escribano Gutiérrez, J., «Protección social complementaria y libertad económica en el ámbito comunitario. Las cláusulas de designación», *Derecho de las relaciones laborales*, N° 4, 2017, p. 341.

¹⁸ Sobre la desigualdad entre trabajador y empresario y cómo el Derecho del Trabajo se escinde del derecho de contratos para tratar de compensarla, puede verse la STC 3/1983 de 25 de enero, en su Fundamento Jurídico Tercero.

disposición empresarial en convenio sectorial sería perfectamente válida, posición ésta que compartimos, y que sostendremos en virtud del principio de disponibilidad de derechos empresariales. Y es que como apuntábamos, la facultad objeto de discusión pertenece con la redacción actual al empresario, pues es él, dentro de su poder directivo y organizativo, quien podrá decidir el número de contratos a celebrar bajo esta modalidad, dado que ya la ley ni le pone límites ni encomienda a la negociación colectiva que lo haga, o al reglamento que actúe supletoriamente, sino que sencillamente guarda silencio. Una vez determinado que nos encontramos ante una cláusula limitativa de un poder del empresario, convendremos entonces, como se ha señalado, que tal previsión convencional favorece a los trabajadores, sin perjuicio de las connotaciones positivas que pueda tener para la contraparte, sugeridas antes, y reiterando que consideramos que puede favorecer tanto a los trabajadores ordinarios –que no verán aumentada su carga de trabajo o de responsabilidad por el hecho de tener un número excesivo de compañeros en formación– como a los trabajadores que se están formando –pues de esta forma aumentan exponencialmente sus posibilidades de que la contratación tenga, realmente, una finalidad formativa–.

Al hilo de la disponibilidad de derechos por parte del empresario, es preciso recordar que una de las manifestaciones del carácter tuitivo del ordenamiento laboral ha sido tradicionalmente la consagración del principio de irrenunciabilidad de derechos del trabajador¹⁹, actualmente recogido en el art. 3.5 ET desde su aprobación. No es objeto de este trabajo profundizar en el análisis de tal precepto ni en los problemas interpretativos que plantea el tenor literal que le otorgó nuestro Estatuto de los Trabajadores²⁰, entre los que destaca la necesidad de armonizar una –difícil– interpretación sistemática con el resto del precepto, especialmente con el apartado 1c)²¹, sino subrayar, a tal efecto, que opera sólo para el trabajador, y que no existe actualmente un contenido legal similar dirigido a la parte empresarial. Podría pensarse que, precisamente por ser un principio orientado a tutelar al contratante débil, es lógico no hallar una protección en ese sentido dirigida al

¹⁹ Blasco Pellicer, A., *La individualización de las relaciones laborales*, CES, Madrid, 1995, p. 281 y ss.

²⁰ Se cambió el término “renunciar” por el actual “disponer”, siendo el primero una manifestación, entre otras posibles, del segundo. Vid. Prados de Reyes, F.J., «Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores», *R.P.S.*, Nº 127, 1980, p. 59.

²¹ Ruiz Castillo, M., «A propósito de la indisponibilidad individual de derechos», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 52, 1999, pp. 162-163. Esta autora se adhiere a la posición que mantiene que el apartado 5 del art. 3 ET se hace innecesario, pues el apartado 1c) del mismo precepto ya prevé la indisponibilidad de todo derecho imperativo o necesario, señalando la flagrante contradicción que se da entre uno y otro en lo que al convenio colectivo se refiere. Indica asimismo la dificultad de armonizar en la práctica ambos preceptos, trayendo a colación el intento hecho por Prados de Reyes, para quien el primer inciso del art. 3.5 es exponente del antecedente normativo (igualdad ley-convenio), mientras que el segundo inciso tendría la función de «ampliar la indisponibilidad, vía convencional, a derechos que, en principio, y con independencia de su origen, pudieran ser disponibles» (Cfr. Prados de Reyes, «Renuncia y transacción de derechos...», *cit.* pp. 73-74).

contratante fuerte, que no la necesitaría. Sin embargo, si bien en nuestro ordenamiento jurídico vigente parece seguirse ese razonamiento –con matizaciones y con una cierta resistencia por parte de un sector doctrinal y jurisprudencial-, pues no recoge que el empresario no pueda disponer de sus derechos, históricamente ha sido más bien al contrario, de manera que el poder de dirección se ha considerado tradicionalmente un poder que no podía ni debía limitarse, a pesar de que la negociación colectiva haya sido desde sus orígenes, en sí misma y por definición, un intento continuo de establecer límites a ese poder.

Así, la irrenunciabilidad de poderes por parte del empresario²² ya se recogía en el art. 2²³ de la Ley de Convenios Colectivos de 1958, mientras que la misma ley en 1973 hizo lo propio en su art. 4²⁴, todo ello como puede observarse en consonancia ideológica con el sistema autoritario de la época. Panorama que cambia, como no podía ser menos, con la entrada de la Constitución, pues esta concibe la libertad de empresa con limitaciones, de manera que «el establecimiento de condiciones de trabajo no aparece en ningún momento como facultad exclusiva del empresario aun cuando a él correspondan los poderes organizativos generales, punto en el que la limitación a la discrecionalidad empresarial viene impuesta por la propia legislación laboral y la negociación colectiva sin que en ningún momento se entienda vulnerada la libertad de empresa»²⁵. Es decir, partimos de un diseño constitucional que asume en su art. 7 CE el conflicto entre las partes, y que defiende en el mismo precepto que el mejor cauce para atemperar ese antagonismo de intereses es consagrar el pluralismo social y crear un espacio donde poder alcanzar acuerdos que garanticen la paz social. En definitiva, este precepto consagra la libertad de la actividad sindical en su ejercicio, constituyendo la base de la autonomía colectiva²⁶. Ello debe conectarse e interpretarse globalmente con el art. 37.1 CE, con el 28.1 CE, y a su vez, con la participación de los trabajadores en la empresa contenida en el 129.2 CE; en coherencia con todo lo aludido, el 85.1 ET, haciendo una correcta –y por tanto no restrictiva- interpretación de ese diseño

²² Cfr. Román de la Torre, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992, pp. 397-398.

²³ «Queda prohibido establecer en los convenios colectivos sindicales cláusulas que impliquen disminución de la libertad individual y de los derechos sociales que al trabajador corresponden o de las facultades de dirección y disciplina que son propias de las Empresas o que causen grave perjuicio a la economía del país».

²⁴ «En los Convenios Colectivos no podrán establecerse cláusulas que se opongan a lo dispuesto en las Leyes, que impliquen disminución de la libertad individual, de los derechos de los trabajadores, sin discriminación por razón de sexo, de las facultades inherentes a la dirección de la empresa según el ordenamiento jurídico laboral o que puedan causar graves perjuicios a la economía nacional».

²⁵ Román de la Torre, M.D., *Poder de dirección...*, cit., p. 36.

²⁶ Así lo expone Valdés Dal-Re, F., «La negociación colectiva en la Constitución», *R.P.S.*, N° 121, 1979, pp. 473-478. Para este autor, este precepto constitucional constituye la «auténtica clave bóveda del entero edificio sindical».

constitucional, consagra para los convenios colectivos la libertad de negociación sin más límite que el respeto a las leyes.

Hemos querido poner de manifiesto todo lo anterior con la finalidad de poner en perspectiva que, como decíamos, la disponibilidad del empresario de sus derechos no debería encontrar, en principio, mayores obstáculos, y sin embargo hay un sector doctrinal y jurisprudencial que interpreta el contenido esencial de la libertad de empresa con tal amplitud que llega a resultar invasiva en clave constitucional, no sólo con el art. 37.1, sino incluso con el 28.1CE²⁷. La presente sentencia nada dice de manera explícita respecto de esta cuestión, centrándose únicamente en que estamos ante una norma de derecho necesario absoluto. Ante ello, de alguna manera podría atisbarse que, a través de otro camino –las relaciones entre convenio y ley– y su interpretación en este caso concreto, se está igualmente protegiendo la libertad de empresa por encima de otros bienes jurídicos. O bien podríamos entender que basa su fallo en ese hilo argumental porque no aprecia que haya problemática en el que estamos exponiendo, y que, por tanto, nada habría que objetar a la validez de la cláusula por el hecho de que suponga una disposición empresarial.

Para finalizar queremos volver a enlazar con las previsiones del art. 3.1c y 3.5 ET sobre la indisponibilidad de derechos por parte del trabajador, considerando adecuado insistir en lo que a nuestro juicio se encuentra en la base de cuanto se está debatiendo, y que no es otra cosa que el hecho de que nos movemos siempre en una asimetría entre los contratantes, siendo ésta una de las piedras angulares de nuestra disciplina, que además no es discutida. En virtud de dicha asimetría como punto de partida y del consiguiente diseño constitucional y legal, analizado posteriormente, no nos resulta que, aplicado al caso en cuestión, pudiese haber vulneración alguna de la libertad de empresa, por lo que tampoco encontramos en este sentido objeción a la validez de la cláusula.

Queda como último punto de este apartado analizar si podría suponer un obstáculo el hecho de que la disponibilidad empresarial se haya producido a través de un convenio supraempresarial. La respuesta nos parece negativa, por la sencilla razón y sin mayor abundamiento de que sí, como venimos resaltando, hay disparidad entre las partes y el contratante débil puede ceder derechos en el marco de la negociación colectiva a través de sus representantes, no hay motivo para que no pueda hacerlo el contratante fuerte, cuya representación ostenta la misma naturaleza²⁸. Sin embargo, esta lógica no siempre es aplicada por la jurisprudencia²⁹, mientras que

²⁷ Véase ampliamente una crítica en Ruiz Castillo, M.M.; Escribano Gutiérrez, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del derecho del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2013.

²⁸ A nuestro juicio estamos ante una cláusula a todas luces normativa, no planteándonos siquiera que pudiera ser obligacional.

²⁹ Muy recientemente encontramos en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2018 (2715/2016), que en su Fundamento Jurídico Tercero viene a plantear, *obiter dicta*, que habría diferencia entre la disponibilidad empresarial a resultados de si se produce mediante convenio

doctrinalmente pueden encontrarse ciertas matizaciones al respecto, admitiendo que la disponibilidad empresarial puede darse en ambos niveles de negociación, pero afirmando que mientras que a nivel de empresa el titular del derecho podrá disponer válidamente de una manera muy amplia -si no absoluta-, no podrá llegar tan lejos en el ámbito supraempresarial³⁰. A nuestro juicio, posiciones como las señaladas podrían resultar atentatorias contra la libertad de elección del ámbito de aplicación, que recoge el 83.1 ET respondiendo al reconocimiento constitucional de la autonomía negocial, cuyos límites serían no establecer tratamientos discriminatorios y respetar el principio de correspondencia³¹, pero nada más. Es decir, la fuerza vinculante de lo pactado no puede depender de en qué unidad se pacte, siendo esto en nuestro ordenamiento jurídico indiferente.

3. LA OTRA CLÁUSULA OBJETO DE LA SENTENCIA: LA LIMITACIÓN FUNCIONAL DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS

En los mismos términos que respecto a la cláusula que restringe numéricamente estos contratos, la Sentencia aborda otra cláusula limitativa –concretamente el Anexo II del Convenio-, que versa sobre los puestos de trabajo susceptibles de ser objeto o no de contratos para la formación y el aprendizaje. Pero como se apuntó al inicio de este trabajo, en esta ocasión la Sala no altera la decisión de la Audiencia Nacional, aunque el razonamiento es distinto, como no podía ser de otra forma vista la disparidad del punto de partida de sus planteamientos.

De esta forma, el órgano juzgador de instancia basa su criterio en que no se está produciendo una limitación significativa y mucho menos se están impidiendo estas contrataciones, de manera que no aprecia inconveniente en que los negociadores del convenio, que son quienes conocen bien el sector y sus características, lleguen a un pacto como éste. Además, desliza que no se ha practicado prueba que permita concluir que la relación recogida en el Anexo II esté vetando puestos susceptibles de cubrirse con esta modalidad. Como vemos, el planteamiento de la Audiencia Nacional no se aleja del ya mantenido para la otra cláusula, y es seguir el principio de que las normas de derecho necesario absoluto son en nuestro ordenamiento excepcionales, no pudiendo deducirse que lo que no está permitido de

de empresa o supraempresarial. Esta sentencia, en un contexto de convenio de empresa, admite la disposición del empresario, añadiendo a su argumentación el hecho de que la disponibilidad la hace directamente el titular del derecho y no una asociación empresarial en la que dicho titular puede estar o no afiliado.

³⁰ Bejarano Hernández, A., *Convenio colectivo versus ley*, La Ley, Madrid, 2008, p. 74.

³¹ Cruz Villalón, J. (coord.), «Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos», en *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Cinca, Madrid, 2017, pp. 20 y 21.

manera expresa para la negociación colectiva le está vetado, pues sería contradecir la libertad negociadora del 85.1 ET.

El Tribunal Supremo, aunque también validará el Anexo II, contextualiza el debate con una línea argumental que no difiere, como puede adivinarse, de la empleada para la cláusula que hemos analizado con anterioridad. Es decir, mantiene que el art. 11.2 ET es una norma de derecho necesario absoluto, no pudiendo la negociación colectiva intervenir si no es para precisar o puntualizar, pero sin salirse de los márgenes de la fuente jerárquicamente superior. Y da por buena la cláusula porque entiende que eso es lo que ha ocurrido en este caso. La Sala expone que esta modalidad contractual es de por sí restrictiva, pues no va dirigida ni a aquellos puestos de trabajo que requieran titulación (susceptibles de realizar contratos en prácticas), ni a aquellos cuyo nivel de cualificación sea tan escaso que «no permiten una razonable conexión entre tareas productivas y formación»³². En otras palabras, no todas las restricciones hechas por el Convenio serán contrarias a la Ley, sino solo aquellas que se desvíen de lo previsto por el legislador. Como los puestos que el Anexo II excluye pueden encajarse en las restricciones previstas legalmente, entiende la Sala que dichas exclusiones son razonables.

En conclusión, al contrario que en la cláusula limitativa del número de contratos, donde a juicio del Tribunal el convenio colisionaba con la Ley de manera conflictiva, en esta ocasión aprecia una relación de complementariedad entre ambas fuentes, aceptando su validez³³.

4. CONCLUSIONES: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA FUNCIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

El convenio colectivo ha tenido tradicionalmente un papel ligado a la mejora de las condiciones de trabajo. Su vocación y función histórica ha sido la de instrumento adquisitivo de derechos para los trabajadores, y de pacificación y garantía de la continuidad de la productividad para los empresarios. No descubrimos nada si afirmamos que en la actualidad –y desde hace décadas- el convenio ya no va a responder siempre o necesariamente a ese esquema, sino que puede ser el vehículo a través del cual lleguen a los trabajadores nuevas condiciones peyorativas, y de hecho a menudo lo es, con la consecuente pérdida de credibilidad que ello supone para los representantes de los trabajadores. Además, la parte empresarial cuenta con instrumentos legales que le permiten desvincularse de lo pactado, debido a que el empresario es considerado también un sujeto digno de protección y tutela.

³² Fundamento Jurídico Quinto.

³³ La cuestión litigiosa relativa a las horas extraordinarias, a la que hacíamos alusión al principio del comentario, se resuelve de forma similar, validándose la previsión convencional por entender que respeta los márgenes del art. 35.3 ET. Puede verse en el Fundamento Jurídico Sexto.

La justificación la hallamos siempre en clave económica, en un intento de obtener respuestas que den soluciones a los problemas que genera la economía de mercado globalizada en la que operan nuestras relaciones laborales.

Nuestra impresión de la sentencia analizada es que parece que hubiera querido ir un paso más allá de lo que nuestro ordenamiento laboral –ya de por sí permisivo y comprensivo con las necesidades empresariales- ha establecido, no permitiendo que mediante la negociación colectiva se pacte una mejora en favor de los trabajadores que parece ajustarse a la legalidad vigente, pues no la contradice, y sobre la que las partes estaban plenamente conformes, sin que conste que haya habido conflicto alguno por este motivo, ya que, no lo olvidemos, es la Dirección General de Empleo quien, de oficio, interpone la demanda. Una mejora donde se parte, como se ha expuesto, de que en la fuente jerárquica superior no parece establecerse una prohibición, ni de manera expresa ni de manera tácita, como sugiere la sentencia en un intento realmente difícil de encajar en nuestro ordenamiento jurídico, donde el orden público es excepcional y por ende no debe presumirse, ni, para ello, como parece haber ocurrido en este caso, apoyarse en argumentos que puedan plantear tantas dudas. Como se ha señalado, si bien es cierto que todo apunta a que el legislador ha buscado no alentar limitaciones a esta modalidad contractual, no concluimos que ello deba interpretarse en el sentido de que se haya prohibido por completo su utilización.

La relación más clásica y genuina entre ley y convenio es la de norma mínima, debido a que es a través de ella como mejor se plasma el también clásico principio tuitivo. El hecho de que las relaciones de complementariedad hayan visto reducido su campo de acción no debe llevarnos a interpretar que los contenidos del convenio necesiten del “permiso” o habilitación expresa por parte de la fuente legal, pues no sólo no es así, sino que además es todo lo contrario: se sigue partiendo de la libertad negocial, entendida ésta de forma no restrictiva y sin más límite que el respeto a las leyes, no resultándonos que en este caso se hayan vulnerado. La supuesta voluntad del legislador o la pretensión de la norma de fomentar el empleo –no olvidemos la finalidad formativa, como parece hacer el tribunal, pues, aunque la mencione, se aferra en todo momento a una sola de las dos finalidades que describe- no nos parecen argumentos suficientes para incidir en esa autonomía negocial que ostentan las partes en virtud de nuestra Constitución y las leyes que la desarrollan. La conclusión de que en las cuestiones analizadas de los contratos para la formación y el aprendizaje sólo tiene cabida la complementariedad podría resultar, por lo tanto, excesivamente rigurosa.

Por otra parte, la indisponibilidad de derechos del trabajador, recogida hoy día en el art. 3.5 ET, responde a la tradicional necesidad de dotar de una cierta protección al contratante débil, de manera que actualmente no hay ninguna norma que proteja en el mismo sentido al empresario. Ello es así desde la entrada en vigor de nuestro texto constitucional, cuyo sistema de relaciones laborales resultaría

incompatible con un poder directivo al que no pudiera establecerse límites. Por tanto, nada habría que oponer en este sentido a las cláusulas objeto del debate. Tampoco cabrían objeciones, en nuestra opinión, por el hecho de que las limitaciones a esta modalidad contractual se estén haciendo mediante un convenio sectorial, pues creemos que ello resulta irrelevante, ya que las normas de representación son iguales para todos, y la elección del ámbito de aplicación corresponde libremente a las partes.

Como conclusión, ya se ha apuntado que la tendencia legislativa actual, que en nuestro país se remonta a la reforma de 1994 –pero que trasciende el ámbito nacional–, es la de utilizar el convenio colectivo no como el original instrumento de mejora para la parte con menor fuerza contractual, sino como un instrumento que puede resultar a su vez útil y servir a intereses que nada tienen que ver con esa función, pudiendo empeorar las condiciones de los trabajadores y utilizarse para garantizar la flexibilidad requerida por la parte empresarial. Posiciones jurisprudenciales como la analizada parecen querer contribuir a esa tendencia, aun a costa de obviar cuestiones que forman parte de los pilares de nuestra disciplina. En concreto, el resultado ha sido una sentencia que ha terminado por ser más restrictiva que la propia ley con la tradicional función adquisitiva de derechos que corresponde al convenio colectivo, contribuyendo a su aludida transformación allí donde no parecía que fuese necesario.